

DO CONCEITO DE LICITAÇÃO AO SEU OBJETO

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

*Professor Assistente no Departamento de Direito Público da Universidade
do Rio Grande do Norte*

CONCEITO

1. Ausência de um conceito uniforme

A doutrina brasileira não nos oferece, na atualidade, um conceito uniforme sobre o procedimento administrativo denominado licitação.

Na verdade, não é prudente buscar subsídios para a firmação de tal tarefa na doutrina estrangeira, porque a sistemática de licitação em nosso país difere da de outros, com características totalmente divergentes. Quando há alguma semelhança, verificam-se sensíveis diferenças no sistema.

A tarefa de conceituar licitação tem exigido profundo esforço dos doutrinadores brasileiros, visando, unicamente, o aperfeiçoamento do instituto.

2. Procedimento administrativo

Forte corrente entende ser a licitação um procedimento administrativo, por reconhecê-la como sendo, formalmente, uma sucessão ordenada de atos praticados pelo administrador público com a finalidade de atingir o objetivo da Administração. Entre os adeptos dessa opinião, temos: CARLOS S. BARROS JÚNIOR, "Concorrência Pública", RDA 80/395; MIGUEL SEABRA FAGUNDES, "Parecer", in RT 236/429; HELY LOPES MEIRELLES, in "Licitação e Contrato Administrativo", RT, 1973, ps. 5/6; ANTÔNIO MARCELO DA SILVA, in "Contratações Administrativas", SP, RT, 1973, p. 71; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, in "Direitos dos Licitantes e



Prerrogativas da Administração", Resenha Universitária/EDUC, p. 19; ADILSON DALLARI, in "Aspectos Jurídicos da Licitação", RT, 1975, p. 139; JOSÉ AFONSO DA SILVA, in "Finalidades e Objeto da Licitação e do Contrato", in "Estudos sobre a Lei Paulista n. 10.395/70", Cedro, p. 47; ANTÔNIO CELSO DIMUNDO CORRÊA, in "Licitação — Contratação de Seguro", RDP n. 241/1973, p. 89; LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE, in "Curso Moderno de Direito Administrativo", ed. Saraiva, 1975, p. 126.

Procedimento administrativo é o modo de se concretizar o processo administrativo; é o iter legal a ser seguido pelos agentes públicos, constituindo-se de atos intermediários preparatórios e autônomos, que se sucedem ordenadamente até ser alcançado o objetivo final da Administração. A distinção entre processo e procedimento impõe ser lembrada porque, na prática, toda atuação interna da Administração é chamada de "processo".

A Teoria Geral do Direito Processual vê o processo como sendo "o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos" (HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 638, 4.^a edição, RT).

3. Princípio do processo administrativo

Sendo a licitação um procedimento administrativo, este, em seu desenvolvimento, está vinculado aos princípios informativos do processo administrativo, que são: a) o da legalidade objetiva; b) o da oficialidade; c) o do informalismo; d) o da verdade material; e) o da garantia da defesa; f) o da adequabilidade ao fim pretendido.

3.1. Legalidade objetiva

Nenhuma atividade da Administração pode deixar de ser regida pelo princípio da legalidade. A noção de legalidade se inicia pelo

sentido de que a ação administrativa não é livre. Há uma limitação que a obriga a respeitar determinadas regras de direito.

A doutrina francesa, principalmente, insiste em defender que a limitação do executivo pelo direito tem exceções, mesmo quando se trata de atos de governo, "medidas que, embora tomadas pelo executivo, fogem ao princípio da legalidade e beneficiam, a este título, de uma total imunidade de jurisdição: não podem ser atacadas com fundamento em ilegalidade nem implicam responsabilidade do Estado". A teoria dos atos de governo marca os limites da submissão do executivo ao direito e constitui uma "sobrevivência da razão de Estado" (PROSPER WEIL, in "O Direito Administrativo", trad. de MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, Livraria Almeida, Coimbra, 1977, ps. 112/113).

Na verdade, atualmente só são reconhecidos como atos de governo, exceção feita aos atos de guerra, dois grupos de decisões: a) os atos respeitantes às relações do executivo com o Parlamento (decreto de dissolução, decreto que submete um projeto de lei a referendun atos preliminares às eleições legislativas, atos que dizem respeito às relações internacionais; b) o poder legislativo do executivo (v. PROSPER WEIL, ob. cit., ps. 113/114).

Em relação ao processo administrativo, o que é imposto pelo princípio é que a sua instauração seja feita com base e para preservação da lei. Daí ser precisa e rigorosa a citação que HELY LOPES MEIRELLES fez em "Direito Administrativo Brasileiro", p. 638, 4.^a edição, RT, do pensamento de MASSIMO SEVERO GIANNINI ("La Giustizia Amministrativa", Roma, 1966, ps. 48 e segs.):

...o processo, como o recurso administrativo, ao mesmo tempo em que ampara o particular, serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração.

3.2. Oficialidade



É a Administração que lhe promove a instauração, providenciando o atendimento das diligências e proferindo o julgamento. Ao particular só é permitido provocar que o processo seja instaurado. Gera os efeitos de a Administração ser responsável pelo seu retardamento, por ter obrigação de impulsioná-lo até a decisão final. Os agentes que retardam podem ser acusados de omissos, pois, o interesse existente no processo administrativo é de natureza coletiva, onde se encontra o próprio interesse do órgão administrativo. Observa HELY LOPES, ob. cit., p. 640, que uma outra consequência do princípio é "que a instância não perime, nem o processo se extingue pelo decurso de tempo, senão quando a lei expressamente o estabelece".

3.3. Informalismo

A simplicidade deve predominar nas formas do processo administrativo, de modo a facilitar a obtenção da certeza jurídica e a segurança do procedimento. O ser simples não implica em que sejam desatendidas formalidades essenciais exigidas por lei, sob pena de haver nulidade do procedimento, principalmente se ocorrer prejuízo para as partes.

3.4. Verdade material

A autoridade administrativa não será vinculada às provas apresentadas pelas partes. Deve buscá-las em qualquer oportunidade, renová-las, tomar emprestada de outro processo, agir com liberdade na busca da verdade. Só está obrigada a fazer trasladar as provas colhidas para o processo e levá-las ao conhecimento dos interessados.

3.5. Garantia da defesa

Originada de due process of law, criação do direito anglo-norte-americano, decorre, entre nós, de mandamento constitucional (Constituição da República, art. 153, §§ 15 e 36).

3.6. Da adequabilidade ao fim pretendido



Requisito básico para o seu desenvolvimento, sob pena de nulidade. É indispensável que siga o caminho que possibilite identificar a legalidade do procedimento, a finalidade pública, sem prejudicar direitos subjetivos de quem quer que seja.

4. Conteúdo material

Além do conteúdo jurídico ditado pelos princípios enfocados, o procedimento administrativo deve possuir um conteúdo material, que Luciano Benévolo de Andrade sintetizou em sete elementos: a) a causa, isto é, a razão que faz com que o ato seja praticado e exige o desenvolvimento do procedimento; b) os agentes que são os que atuam na formação do procedimento para que o fim visado pela Administração seja atingido; c) os trâmites (o preparo, a constituição e a integração decisória) ; d) os prazos; e) os atos intermediários; f) os termos e informações; g) os documentos e provas (ps. 180/181, ob. cit.).

5. Ato-condição

Não é uniforme, todavia, o entendimento doutrinário de que a licitação é um procedimento administrativo. Embora a corrente oposta que defende ser um "ato-condição" constitua minoria, merece ser examinado o seu pensamento.

ALCIDES GRECA, in "Derecho y Ciência de la Administración Municipal", XIII, 2.^a ed., p. 76, entende a licitação como sendo o "ato-condição prévio, integrante de ato administrativo, tendo por finalidade estabelecer rigoroso controle na disposição dos bens do Estado, igualdade de tratamento em relação aos particulares que contratam com a Administração Pública e eficaz defesa dos interesses coletivos".

O principal defensor, entretanto, da tese de que a licitação é ato-condição foi GASTON JEZE, ao afirmar em sua obra "Les Principes Généraux du Droit Administratif", 3.^a ed., vol. VI, 1950, tradução de J. N. MILLAN ALMAGRO, p. 116, que ela é "um ato jurídico que condiciona a

regularidade do exercício da competência da autoridade pública autorizada a concluir o contrato". Entendeu, ainda, que a licitação não cria nenhuma situação jurídica, nem individual, nem geral, pois ela é a realização do exercício da competência que mencionou.

Entre nós há THEMÍSTOCLES CAVALCANTI ("Tratado de Direito Administrativo", vol. I, 5.^a ed., p. 355), que segue a doutrina de JÈZE, com as afirmações:

A concorrência não obriga nem pode obrigar a Administração antes de concluído o contrato definitivo. Segundo JÈZE, a concorrência é um ato-condição unilateral de natureza complexa, para cuja conclusão definitiva torna-se necessária a prática de muitos atos. Esta parece ser a boa doutrina que justifica as conclusões a que acima chegamos.

DIOGO MOREIRA NETO, em seu "Curso de Direito Administrativo", também se filiou ao pensamento de JÈZE, embora tenha entrado em contradição, conforme observa AMÉRICO SERVÍDIO, em "Dispensa de Licitação Pública", p. 17, RT, 1979, por "após afirmar que a habilitação do licitante em procedimento concorrencial regular é ato-condição para o contrato administrativo, oferece um conceito sobre a licitação como sendo procedimento administrativo".

HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS, na obra "Manual Elementar de Direito Administrativo", Freitas Bastos, 1974, p. 358, entende: "Finalmente, não custa frisar: a licitação, em qualquer de suas formas, é somente um ato-condição, que deve anteceder à celebração dos contratos administrativos."

Embora minoritária, a corrente comandada por JÈZE contribuiu para pacificar a compreensão de que o procedimento licitatório não se confunde com o contrato que o Poder Público pretende celebrar, não obstante considerá-los atos prévios obrigatórios, quando afirma que "a licitação não cria nenhuma situação jurídica, nem individual, nem geral".

6. Procedimento vinculado ou discricionário

Dois elementos conceituais foram examinados sobre licitação:

a) é um procedimento administrativo; b) não se confunde com o contrato administrativo que possa gerar de seus efeitos.

Releva, agora, investigar se a licitação é um procedimento administrativo vinculado ou discricionário.

ADILSON DALLARI, em "Aspectos Jurídicos da Licitação", RT, 1975, p. 139, entende que a licitação é um procedimento administrativo, unilateral e discricionário. De igual modo, CARLOS S. BARROS JÚNIOR ("Concorrência Pública", in RDA 80/397) doutrina que "licitação é um instituto que se constitui de um procedimento legal e técnico, de complexa configuração, em que se conjugam critérios de legitimidade e de discricionariedade, que se alteram em todo o seu curso".

FIORINI Y MATA, na sua obra "Licitación Publica", Buenos Aires, 1972, p. 59, conceitua licitação como se caracterizando por um procedimento regulado exclusiva e quase totalmente pela discricionariedade.

Na opinião da maioria dos doutrinadores, entretanto, não é no sentido de que a licitação seja um procedimento administrativo discricionário. Bem observou LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ob. cit., p. 20, que a doutrina, em sua grande parte, considera o procedimento como vinculado. Não deixou, entretanto, de notar, o que fez com acerto absoluto que "as etapas do procedimento, ou por outra, a seqüência dos atos que o compõem é que é totalmente vinculada". Acrescenta, ainda: "Os diversos atos, entretanto, terão conteúdo ora vinculado, ora discricionário. Discricionário também é o momento de instauração do procedimento."

Posição de relevo sobre o assunto foi a adotada por MIGUEL SEABRA FAGUNDES:



A concorrência (licitação) é, tipicamente, um procedimento administrativo, isto é, uma série de atos ligados entre si, como antecedentes e conseqüentes. Tem ela como um de seus objetivos limitar a discricção da autoridade que contrata. Na concorrência, a classificação dos concorrentes se dá sempre em função das vantagens por eles oferecidas (RT 236/429, Parecer).

A expressão "limitar a discricção da autoridade" diz do acerto da definição e expressa a verdadeira finalidade do instituto. Não visa a licitação limitar o arbítrio, restringi-lo, uma vez que o arbítrio, na técnica administrativa, é comportamento que figura rio círculo da legalidade, não sendo apreciável a sua existência para constituição de direitos; Por tal fundamento, entendemos inadequada a preleção de CARLOS MEDEIROS SILVA,, em Parecer publicado na RDA 79/465, quando disse:

A finalidade da concorrência pública (licitação) é precisamente a de, mediante publicidade adequada, limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público.

No sentido da conceituação de que a licitação é um procedimento administrativo vinculante, manifestam-se, ainda, HELY LOPES MEIRELLES ("Estudos sobre a Lei Paulista n. 10.395/70", 1971, p. 3), JOSÉ AFONSO DA SILVA (RDP 7/53), A. MARCELO DA SILVA ("Contratações Administrativas", 1971, p. 53), LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE ("Curso de Direito Administrativo", Saraiva, 1975, p. 126).

Sendo a licitação procedimento vinculado, a Administração tem o dever de motivá-la, evidenciando a conformação de sua prática com o preceito legal de que a rege, ficando, portanto, a atividade administrativa confinada pela lei. Resulta, conseqüentemente, que ao Judiciário é permitido revê-la em todas as suas fases, desde que seja infringência legal ou regulamentar que condicione a sua prática.

A Administração tem, somente, a liberdade de dizer da conveniência, da oportunidade ou da justiça da atividade administrativa,



ficando, porém, vinculada aos padrões jurídicos estabelecidos pelo direito positivo.

7. Significado do vocábulo "licitação"

Licitar é verbo intransitivo e transitivo. Com esta função gramatical significa "pôr em almoeda, leilão ou hasta pública". Com aquela tem o sentido de "oferecer qualquer quantia no ato de arrematação, de adjudicação, hasta pública ou partilha judicial" (AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, "Novo Dicionário", p. 842, 1.^a ed.).

Licitação, por sua vez, é substantivo feminino, que significa "ato ou efeito dê licitar; oferta de lanços em leilão ou hasta pública", sendo que, no entender de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, ob. cit., p. 842, é o "ato em que, para possibilitar a partilha, os herdeiros e os cônjuges sobreviventes disputam entre si, por meio de lanços, a adjudicação de bens não suscetíveis de divisão cômoda... e que não caibam na parte de um só deles,...ficando obrigado o adjudicatário a repor em dinheiro a diferença". Para DE PLÁCIDO E SILVA, em "Vocabulário Jurídico", vol. III, 1.^a ed., "licitação" se origina do latim *licitatio*, dos verbos *liceri* ou *licitari*, significando, em sentido literal, "ato de licitar" ou "fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou a venda em almoeda". Registre-se a advertência feita pelo mestre DE PLÁCIDO E SILVA, logo a seguir, quando lembra que a "licitação" não se confunde com o "leilão" nem com a "hasta pública", porque constitui simplesmente parte deles, ou seja, "o lançamento do preço, a oferta do preço".

A LICITAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

1. Evolução Legislativa. Antes de 27.02.67

O estudo das normas regedoras da licitação deve ser dividido em dois períodos: a) antes de 27.02.67; b) depois de 27.02.67, com a vigência da reforma administrativa (DL n. 200, de 27.02.67).

No primeiro período não havia uma legislação ordenada e dirigida especificamente para a licitação. Entre nós, o termo licitação não era empregado pelo legislador. Conhecia-se o instituto da concorrência que era regulada pela LF n. 4.536, de 28.01.22 (C. Contabilidade), Em 10.09.64, foi aprovada a L. n. 4.401. que complementou a anterior, sendo que, no tocante aos Estados e Municípios havia o DL n. 2.416. de 17.07.40. substituído, mais tarde, pela L. n. 4.320, de 17.03.64.

Identifica-se na legislação passada que a concorrência era o resultado de uma sucessão ordenada de atos, que começava com o edital de sua abertura e se findava com a entrega da obra ou serviço a quem melhor proposta apresentasse.

O caráter de procedimento vinculado já se apresentava com absoluta nitidez e a finalidade era, como é hoje, a de manter a mais estrita igualdade entre os concorrentes, não se permitindo à Administração estabelecer condições discriminatórias.

Predominava, de acordo com o art. 743, do Regulamento da Lei que instituiu o C. Contabilidade, a regra da concorrência de menor preço. Não se proibia, contudo, a concorrência de melhor técnica, conforme se deduz do art. 755, do Regulamento mencionado, quando a Administração podia decidir pela proposta que oferecesse melhor equipamento ou melhor serviço, desde que fosse respeitada a verba disponível e fixada no edital.

Um dos princípios que já comandava o comportamento da Administração, antes de 1967. era o da obrigatoriedade de concorrência para a celebração dos contratos administrativos e para a alienação de bens públicos, só havendo dispensa nos casos excepcionais especificados pelo legislador.

A concorrência era obrigatória: a) para execução de quaisquer obras e serviços públicos ou de utilidade pública, de valor superior a dez

mil cruzeiros; b) para fornecimento à Administração, embora parcelados, de valor superior a cinco mil cruzeiros; c) para alienação de bens públicos móveis e imóveis (C. Contabilidade, art. 49; Regulamento, arts. 244 e 738).

Conforme os arts. 246 e 739 do Regulamento do C. Contabilidade, a concorrência era dispensável: a) para aquisições em que o interesse público não permitia a publicidade, ou nos em que, por circunstâncias imprevistas, não era admissível a demora exigida pelos prazos normais, a juízo da autoridade competente; b) para aquisição de materiais ou gêneros que constituíssem objeto de privilégio ou que só pudessem ser adquiridos do produtor ou de seus representantes exclusivos.

Dispensava-se, também, a concorrência para as compras feitas à União, aos Estados-membros e aos Municípios e suas autarquias, em obediência ao disposto no DL n. 2.416, de 17.07.40, art. 46, § 5.º, bem como, para o contrato de "serviços de profissionais de notória especialização".

2. Advento do DL n. 200, de 27.02-67

As normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações se encontram, na atualidade, sob o comando dos arts. 125 a 144, do DL n. 200, de 25.02.67, que se aplicam obrigatoriamente à Administração Direta Federal e às suas autarquias.

Os Estados e os Municípios são regidos pela L. n. 5.546, de 20.06.68, pelo que deverão seguir as regras relativas às licitações previstas no DL n. 200, de 25.02.67.

O Distrito Federal está também vinculado à disciplina contida nos arts. 125 a 144 do DL n. 200, de 25.02.67, por força do que dispõe a L. n. 5.721, de 28.10.71.

Outros dispositivos legais traçam conduta obrigatória para o administrador, no relacionado com a aquisição de bens ou contratação de obras ou serviços.

O DL n. 1.377, de 12.12.74, proíbe os Estados e Municípios de firmarem contratos sem que os correspondentes recursos estejam previstos nas programações orçamentária e financeira de desembolso.

A contratação de obras públicas e a revisão de preços em contratos a elas referentes ou de serviços estão subordinadas aos requisitos estabelecidos pelo DL n. 185, de 23.02.67, que foi complementado pelos DLs. ns. 1.070, de 3.12.69 e 1.237, de 12.9.72, bem como regulamentado pelo D. n. 60.407, de 11.3.67.

Nos serviços públicos concedidos pelo Governo Federal, nas obras e serviços executados, dirigidos ou fiscalizados por quaisquer repartições federais ou órgãos paraestatais, nos serviços públicos de natureza estadual e municipal subvencionados pelo Governo Federal ou executados em regime de convênio e em todas as compras de materiais feitas pela União, há que se aplicar a L. n. 4.150, de 21.11.62, que institui o regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, conhecida pela sigla ABNT.

Deve-se, também, interpretar o disposto na L. n. 5.194, de 24.12.66, que, em seu art. 83 disciplina: "Os trabalhos profissionais relativos a projetos não poderão ser sujeitos a concorrência de preço, devendo, quando for o caso, ser objeto de concurso."

No campo regulamentar há o D. n. 64.345, de 10 de abril de 1969, que fixa normas para a contratação de serviços, objetivando o desenvolvimento da Engenharia Nacional. O art. 1.º do referido Decreto recebeu a redação dada pelo art. 1º do D. n. 73.685, de 19.2.74, ao dispor que "os órgãos da Administração Indireta, só poderão contratar a

prestação de serviços de consultoria técnica e de engenharia com empresas estrangeiras nos casos em que não houver empresa nacional devidamente capacitada para o desempenho dos serviços a contratar".

O D. n. 66.717, de 15.06.70, complementou as regras do D. n. 64.345, de 10 de abril de 1969, ampliando os serviços abrangidos pelo anterior e especificando com maiores detalhes o procedimento a ser adotado pelas empresas nacionais interessadas na preferência assegurada pelo art. 1.º do D. n. 64.345, de 10.04.69. Saliente-se que o assunto enfocado foi regulamentado pelo D. n. 66.864, de 10.07.70, que alterou a redação do art. 2.º do D. n. 66.717, de 15 de junho de 1970.

Os arts. 8.º e 9.º do D. n. 66.717, de 15.06.70 foram alterados pelo D. n. 66.864, de 10.07.70. O primeiro cuida do cancelamento, para fins da preferência assegurada pelo art. 1.º do D. n. 64.345, de 10.04.69, da inscrição de determinada empresa no cadastro, se ficar comprovado que deixou de possuir requisitos de capacitação e qualificação. O segundo trata da inscrição precária no cadastro de empresas de engenharia estabelecidas no País, na data do início da vigência do D. n. 64.345, de 10.04.69, que não se caracterizam como empresas nacionais.

Os contratos relativos a obras e serviços de engenharia e as licitações respectivas foram regulamentados pelo D. n. 73.140, de 9 de novembro de 1973. O Presidente da República usou, para baixar o regulamento citado, das atribuições constitucionais conferidas pelo art. 81, III e V, da Carta Magna, e tendo em vista o que dispõem os arts. 125 e 144 do DL n. 200, de 25.02.67.

O D. n. 74.908, de 19.11.74, disciplinou a compra de produtos importados por órgãos e empresas governamentais, vedando a importação direta de bens de consumo e a aquisição, no mercado interno, de bens de consumo importados, de qualquer natureza, inclusive máquinas e aparelhos de escritório.



Em 8 de setembro de 1976, foi expedido o D. n. 78.382, que tornou obrigatória a publicação de contratos administrativos de interesse dos órgãos da Administração Federal direta e suas autarquias, em forma de extrato contendo os elementos essenciais.

A revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal, embora já cuidada pelo DL n. 185, de 23.92.67, foi regulamentada pelo D. n. 83.992, de 18 de setembro de 1979.

Na execução da campanha de desburocratização, o Presidente da República fez baixar o D. n. 84.701, de 13 de maio de 1980, que instituiu o Certificado de Regularidade de Situação Jurídico-Fiscal (CRJF) nas licitações promovidas pela Administração Federal direta e indireta e pelas fundações criadas, instituídas ou mantidas pela União.

A legislação enumerada será motivo de estudo nos capítulos que tratam de assuntos com ela relacionados.

3. Normas de Incidência Eventual

Há, também, outras normas que eventualmente incidem no processo de licitação e nos contratos administrativos.

O C. Pen. Brasileiro, em seus arts. 326 (Violação do sigilo de proposta de concorrência); 335 (Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência) e 336 (Inutilização de edital ou de sinal), pune as fraudes e atos cometidos contra a moralidade das concorrências.

A L. n. 4.717, de 24.01.67, que regulamenta a Ação Popular, constitui via judiciária constitucional (art. 153, § 31) que pode ser utilizada por qualquer cidadão em pleno gozo dos seus direitos políticos, isto é, que seja eleitor, para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público (federal, estadual ou

municipal, autarquias e entidades paraestatais respectivas, bem como pessoas jurídicas subvencionadas com recursos públicos).

Os leilões obedecem aos preceitos registrados pelo D. n. 21.981, de 19.10.32 e pelo DL n. 9.588, de 16.08.46.

Há, ainda, o DL n. 9.760. de 05.09.46, que disciplina a utilização e alienação de bens imóveis da União, aplicado em combinação com os princípios gerais estabelecidos para a licitação, no que não colidir.

A LICITAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

1. Sistemática da Licitação nos Países Estrangeiros. No Direito Italiano

A problemática da licitação nos outros países não corresponde ao sistema escolhido pelo legislador brasileiro.

A primeira diferença a ser encontrada é na terminologia. O Direito Italiano considera a anta pública, também conhecida como publici incanti. a modalidade de licitação mais importante, embora distinga três outros tipos: a) licitazione privata; b) Trattativa privata; c) Concorso, também conhecido como appalte—concurso.

GUIDO ZANOBINI em sua obra "Corso di Diritto Amministrativo", vol. IV, p. 331. informa que o tipo trattativa privata é um procedimento informal e direto, onde fica excluída qualquer espécie de competição, por motivos determinados pelo interesse público e amparados por lei.

O concurso é utilizado quando a Administração Pública não tem qualquer idéia da obra que pretende realizar.

A licitazione privata é reservada para a participação de um determinado número de pessoas escolhidas pela Administração.

2. No Direito Argentino

O direito positivo argentino estabelece três formas diferentes, conforme informa GUILLERMO ALTAMIRA, em seu "Curso de Derecho Administrativo", p. 520, publicado em 1971: a) licitação pública; b) licitação privada; c) contratação direta. Por sua vez, o Prof. JOSÉ ROBERTO DROMI, em seu livro "Instituciones de Derecho Administrativo", ano 1973, p. 404, faz referência, também, a dois outros procedimentos distintos: a) o "remate público"; b) o "concurso". O mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Mendoza, Argentina, titular de Direito Administrativo, sintetizou a presença da licitação no Direito Positivo argentino com a lição:

... en nuestro Derecho Positivo, tanto la Ley de Contabilidad (art. 55; y Ley de Obras Públicas (art. 9) disponen que los contratos de la Administración deben realizarse mediante licitación pública. En el orden provincial, las constituciones con idéntico criterio indican a la licitación pública como procedimiento regla de contratación, brevi gratia, Buenos Aires, art. 206, incisos 6 y 8; Catamarca, arts. 55 y 217; Córdoba, art. 32; Corrientes, arts. 22 y 163 inciso 4.º; Chaco, art. 63; Entre Ríos, arts. 56 y 57; Jujuy, art. 38; La Pampa, art. 35; La Rioja, arts. 13 y 444; Rio Negro, art. 63; Mendoza, arts. 37 y 202 inciso 7.º; San Luis, art. 13; Santa Cruz, art. 41; Santiago del Estero, art. 32; Tucumán, art. 10; Neuquén, art. 224; Chubut, art. 73, etc. ("Procedimiento Administrativo de Contratación: Principios Jurídicos y Políticos", in RDP 27, jan/março, 1974, p. 16).

3. No Direito Espanhol

CARLOS GARCIA OVIEDO e EURIQUE MARTINEZ USEROS, na obra "Derecho Administrativo", vol. II, 9.^a ed., p. 167, aponta quatro modalidades de licitação na Espanha: a) por subasta, que é rígida ao não permitir opção à Administração para escolher o contratante; b) mediante concurso-subasta, que exige registro prévio; c) por meio de concurso; d) através de contratação direta.



4. Países que não possuem procedimento regrado

Há regimes legais estrangeiros que não possuem procedimento regrado sobre licitação. Os agentes públicos, como acontece no Haiti, Porto Rico, Inglaterra, Finlândia. Outros países possuem procedimentos normativos flexíveis, a exemplo da República Federal Alemã, Dinamarca, Suíça e Grécia, segundo informa o Professor ROBERTO DROMI, na obra "La Licitación Pública", 1975, p. 116.

5. No Direito Uruguaio

SAYAGUÉS LASO, in "Tratado de Derecho Administrativo", 1963, vol. I, p. 563, menciona que o Uruguai considera a licitação como obrigatória para qualquer realização de obras ou inversão de fundos. Adota, também, o sistema denominado de licitación restringida, às quais concorrem somente as pessoas autorizadas ou convidadas pela Administração.

6. No Direito Português

MARCELO CAETANO, em "Manual de Direito Administrativo", 3.^a edição, p. 283, aponta a escolha do contratante pela Administração Pública, sob os critérios de "ajuste particular" ou de "concurso". Este é o gênero que se aconselha ao nosso procedimento que abrange, como uma de suas espécies, o concurso. O "ajuste particular" é conhecido, também, por "contrato direto" ou "adjudicação direta". O "concurso" se desdobra em duas espécies: o "concurso limitado" e o "concurso público".

7. No Direito Francês

Os doutrinadores franceses estudam a licitação sob o título de adjudication. A legislação prescreve tratamento bem divergente do nosso, segundo se deduz das lições de ANDRÉ DE LAUBADÈRE, em "Traité Elémentaire de Droit Administratif", 1953, p. 426. O princípio da licitação é a regra e compreende duas categorias: l'adjudication publique ouverte e l'adjudication restreinte. Autores identificam, ainda, as formas chamadas

de "les marches par entente directe ou de gré et les marches sur appel d'offres" (os ajustes por acordo direto ou amigavelmente e os ajustes sobre chamadas de ofertas).

FINALIDADE DA LICITAÇÃO

1. Proteção aos interesses financeiros da Administração

A legislação vigente sobre licitação revela a orientação de que a sua finalidade é possibilitar a celebração de contrato mais vantajoso para a Administração. Todos os atos que se desenvolvem se encontram no procedimento final "que é a seleção da proposta adequada — se frustrada sua finalidade — a conclusão de que nenhuma delas satisfaz ou de que não há condições jurídicas para aceitá-las" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, in "licitação", p. 3, RT, 1980).

GERALDO ATALIBA, ao expor sobre o que denominou de "Teologia do Instituto", no capítulo I, do artigo "Licitação — Acervo ou Cabelal Técnico e Engenharia", in RDP, p. 127, ns. 41/42, ensina que a licitação serve para assegurar ao Estado o melhor fornecimento.

Diferente não é o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES, ao doutrinar que a licitação visa selecionar a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse ("Licitação e Contrato Administrativo", SP; RT, 1973, ps. 5-6).

Outro caminho não é o seguido pela doutrina estrangeira. Para SAYAGUÉS SASO ("Tratado de Derecho Administrativo", vol. I, Montevideo, 1953, p. 552), a licitação tem como finalidade determinar a pessoa que possa oferecer condições mais vantajosas na celebração de certos contratos pela Administração.

RAFAEL BIELSA ("Tratado de Direito Administrativo", vol. II, Buenos Aires, La Ley, p. 200), também afirmou que a finalidade da licitação é conhecer quem, em melhores condições de idoneidade e

conveniência, pode prestar serviços ou realizar obras para o Poder Público.

A inspiração de J. CRETELLA JÚNIOR, em seu "Tratado de Direito Administrativo", p. 106, vol. III, Ed. FORENSE, reconheceu que a finalidade da licitação é selecionar, entre várias propostas apresentadas, por particulares, que pretendem oferecer serviços ou bens ao Estado, a que mais atende aos interesses da coletividade.

Isto não quer dizer, entretanto, que seja a única finalidade da licitação. É, apenas, comando que evita a prática do arbítrio, pois, RUY CIRNE LIMA, em precioso estudo sobre a matéria, assim se expressou:

Em termos empíricos, pela concorrência pública, pretende a Administração, eleger o co-contratante e fixar in hypothesi o conteúdo de contrato determinado, que, in thesi, já deliberara celebrar. Em termos jurídicos, com a concorrência pública, formula a Administração um convite público a propostas de contrato, ou seja, uma invitatio ad afferendum ("Pareceres — Direito Público", p. 153).

Na eleição do co-contratante há de ser atingida a primeira finalidade da licitação. Escolhe-se a proposta mais vantajosa, seleciona-se quem melhores condições oferece, nem sempre se dando preferência ao melhor preço, pois, outros fatores como o de melhor técnica, maior potencialidade de idoneidade financeira, podem preponderar.

À luz desse entendimento, o eg. TFR, por uma de suas Turmas, ao julgar a Ap. em MS n. 79.596-MG, relatada pelo Min. CARLOS MADEIRA, decidiu:

Licitação. Margem de discricionariedade da Comissão Julgadora quanto a exame das propostas. Em virtude da complexidade e da flexibilidade dos fatores a serem considerados para a classificação das propostas tem a Comissão Julgadora certa margem de discricção que lhe permite avaliar a conveniência das condições oferecidas, de modo a estabelecer maior vantagem para a Administração. Da decisão adotada com bases nesse critério, não cabe

mandado de segurança, até porque demandaria exame de prova, vedado na espécie (DJU de 18.10.78, p. 8.130).

A partir da colocação de que amplo deve ser o sentido dado ao termo vantagem da Administração, entendeu, por sua vez, o TFR, em julgamento de Turma, que não há qualquer direito subjetivo do licitante a ser protegido antes da firmação do contrato. A ementa do acórdão é:

Licitação. Concorrência. Anulação por motivo relevante. Segurança impetrada por interessado. Denegação. Inocorrência de violação de direito líquido e certo. Ocorrendo motivo relevante, a Administração Pública poderá sempre invalidar licitação, conservando o poder de não aceitar a proposta de qualquer dos concorrentes, mesmo quando classificada em primeiro lugar e julgada a mais vantajosa. Não há qualquer direito subjetivo quando inexistente contrato devidamente registrado perante o Tribunal de Contas" (RDP, vol. 8, p. 256). No mesmo sentido, a decisão prolatada no mandado de segurança n. 57.058-DF, relatado pelo Min. HENRIQUE D'ÁVILA - TFR:

"Concorrência Pública. Ação de Segurança para anulação de ato administrativo. Sua improcedência. Caso ocorra motivo relevante a Administração poderá sempre invalidar o certame, conservando o poder de não aceitar a proposta de qualquer dos concorrentes, mesmo quando classificado em primeiro lugar e julgada mais vantajosa, desde que milite justa causa para qualquer direito subjetivo da impetrante porque inexistia contrato devidamente registrado perante o Tribunal de Contas (RTFR, n. 18, abril a junho de 1968, p. 212).

Registre-se que à decisão foi proferida em data anterior ao regime instituído pela vigente CF, que só admite a impugnação do contrato a posteriori para deliberação pelo Congresso Nacional (art. 72, §§ 5.º e 6.º), abolindo, assim, o registro prévio no Tribunal de Contas. Subsistem os registros administrativos e que são de muita valia para a sua formalização.

A extensão do conceito do que seja mais vantajoso para a Administração foi fortificado pelo Col. STF: "Licitação. Concorrência. Anulação. Conluio entre interessados. Admissibilidade. Segurança denegada" (RDP, vol. 9, p. 183).



Além da conduta imoral dos participantes, prevaleceu, também, a desvantagem que o conluio poderia acarretar ao Poder Público.

2. Igualdade absoluta de condições aos licitantes

O procedimento licitatório deverá assegurar absoluta igualdade entre os interessados. O relevo de tal finalidade é compreendido como uma obrigação da Administração de — por todas as formas — evitar qualquer tipo de favorecimento aos licitantes.

O tratamento isonômico, na expressão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, em "Natureza e Regime Jurídico das Autarquias", RT, p. 307, determina a "ausência de favoritismo na utilização de poderes ou na dispensa de benefícios dos quais a Administração é depositária e curadora, em nome de terceiro, por se tratar de interesses públicos".

O Professor GERALDO ATALIBA considera o princípio da igualdade de todos perante a lei como presidindo à celebração legislativa no Brasil e servindo de comando à interpretação de toda e qualquer lei. Enfatiza que "É em virtude do princípio da igualdade de todos diante das oportunidades que o Estado dá ou oferece — em matéria de fornecimentos de bens e serviços — que se tornou necessária a edição de legislação em torno das licitações. Tão importante é o princípio a que as licitações servem, que o Poder Público é proibido, impedido de contratar com terceiros, sem tal formalidade" ("Licitação — Acervo ou cabedal técnico e engenharia", in RDP, n. 41-42, janeiro/junho, 1977, ps. 127).

A possibilidade da licitação oferecer contrato mais vantajoso para a Administração, pela escolha da melhor oferta, é, apenas, finalidade mediata. O objeto imediato e próprio do procedimento licitatório é evitar a ocorrência do arbítrio e do favoritismo. Sendo um ato administrativo, deve ser conduzido ao atendimento do interesse público que se subordina à lei e pela qual "... nenhum poder, nenhuma autoridade poderá, direta ou indiretamente, de modo manifesto ou sub-reptício, mediante ação ou

omissão, derrogar o princípio da igualdade" (FRANCISCO CAMPOS, "Igualdade de todos perante a Lei", RDA, vol. X, p. .378).

A igualdade de condições garantida aos licitantes deve ser tanto para a fase prévia da licitação, como para qualquer situação futura que possa ocorrer. Assim sendo, a Administração ao contratar com o vencedor não poderá firmar cláusulas que expandam as oportunidades oferecidas no processo licitatório, por, em tal hipótese, ferir as condições igualitárias dos concorrentes.

Forte na manifestação do respeito ao postulado da igualdade, o eg. TJSC, ao julgar o MS n. 1.120, ementou:

Concessão. Exploração de transporte coletivo. Concorrência pública. Edital com omissão de requisitos. Cláusula nula. Segurança concedida.

Nega os princípios que regem o instituto da concorrência pública a cláusula contratual que concede à licitante vencedora de concorrência para a exploração de linhas coletivas, o direito de também explorar eventuais linhas futuras, nem sequer previstas ou imaginadas. Nulo é o edital de licitação que omite requisitos essenciais determinados por lei (Rel. Des. MARCÍLIO MEDEIROS, RDP, n. 31, setembro a outubro de 1974, p. 140).

SAYAGUÉS LASO, renomado administrativista, no seu livro "La Licitación Pública" (Montevideo, 1940, p. 13) expõe de motivo incisivo:

Todo o procedimento se inspira, para alcançar as finalidades baseadas nestes dois princípios: igualdade de todos os licitantes perante a Administração e cumprimento estrito das cláusulas e condições do edital.

Meditando sobre o assunto, o mestre GERALDO ATALIBA sintetiza com absoluta felicidade a repercussão do princípio na aplicação prática da conduta administrativa:

Desta forma, o edital perde inteiramente a sua finalidade e a licitação deixa de ser uma fórmula de realização dos desígnios constitucionais, para se transformar num biombo, atrás do qual se escamoteiam fraudes e outros ilícitos, que



precisamente se consubstanciam no favorecimento daqueles eventuais licitantes que tenham conhecimento (extra-autos e oficioso) antecipado das exigências contidas no edital.

Como instrumento que é de perfeita e rigorosa realização da licitação, há inteira necessidade, para sua validade, de que ele contenha, efetivamente, de forma não só clara mas substancialmente idônea, todas as exigências que são colocadas pela autoridade pública como condição para que os eventuais fornecedores da Administração Pública se apresentem em efetiva igualdade de condições, para que, num verdadeiro "concurso", se reconheçam configuradas condições objetivas de competição, não só em benefício do interesse público mas, em rigorosa atenção e respeito ao direito subjetivo que cada licitante tem de ser tratado — por exigência constitucional — em absoluta e estrita igualdade relativamente aos demais.

Conclui o mestre com a mais perfeita objetividade e rara felicidade, "não pode ser só jurídica, nem encarada exclusivamente do ponto de vista jurídico — formal, mas, haverá de ser substancial, mesmo porque a licitação não tem por objeto senão, concomitantemente, proteger os direitos individuais e o interesse público, como um meio que tem em mira a finalidade última de propiciar um fornecimento correio, adequado, justo e vantajoso para a Administração Pública, sem detrimento de qualquer direito individual, sob pena de nulidade" (in "Justitia", n. 76, 1972, ps. 28/29).

A nosso ver, quando se fala em igualdade entre os licitantes, prevalece o entendimento de que não se busca uma igualdade plena entre os candidatos, mas, sim, que condições iguais e gerais sejam oferecidas, visando se atribuir à obra ou ao serviço a quem oferecer melhor idoneidade financeira, técnica e moral, além de preço justo.

As condições da igualdade têm de ser atuais e objetivas, de modo que todos os concorrentes devem ser tratados pela Administração em perfeita igualdade com referência ao que estão obrigados a cumprir.

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA LICITAÇÃO

1. Generalidades:

O instituto da licitação está subordinado a princípios genéricos e específicos. Os genéricos estão vinculados ao comando constitucional que determina a fundamentalidade do atuar administrativo com autonomia protegida pela legalidade. Os específicos são de natureza particular e se destinam a por um círculo legalista no desdobramento das várias fases da licitação.

O Direito Positivo se apresenta desdobrado em vários setores. Cada um é, realmente, uma parcela da ordem jurídica do País e se regula "pelas normas legais, consuetudinárias e jurisprudenciais que tenham em comum características determinadas para a sua individualização", conforme observa MARCELO CAETANO, em "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", FORENSE, 1977, p. 21. O sistema constituído se articula para atuar de um modo harmônico e baseado em princípios que, em sua maioria, não são postulados, porém, representam sínteses deduzidas do direito legislado a reger o comportamento humano e, por extensão, o das pessoas jurídicas.

GERALDO ATALIBA, em sua obra "Hipótese de Incidência Tributária", p. 10, 2.^a edição, RT, enfatizou o pensamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sobre o assunto, transcrevendo-o:

O direito não disciplina pensamentos, propósitos, intenções, mas regula comportamentos de um em relação a outro ou a outros. Eis por que todo direito pressupõe pelo menos duas pessoas. Eis por que na ilha de Robinson Crusoe não havia direito.

O direito existe para regular relações entre as pessoas: comportamentos humanos relacionados. Mesmo quando parece que uma norma jurídica está disciplinando uma relação entre uma pessoa e uma coisa, na verdade ela está regendo uma relação entre pessoas, estabelecendo que alguém deve dar, fazer ou não fazer alguma coisa para outrem.

Nascendo o princípio da norma jurídica, ele reflete a natureza do direito, considerado na sua totalidade, de acordo com o ideal kelsiano, pois "se o direito é uma ordenação (sistemas de normas) coativa, cada norma jurídica prescreve e regula o exercício da coação. Sua essência se traduz em uma proposição, na qual se enlaça um ato coativo, como consequência jurídica, a um determinado pressuposto de fato ou condição" ("Teoria General del Estado", tradução de LACAMBRA, Ed. Nacional, México, p. 62).

Os princípios limitam o quantum, do poder despótico e servem para fazer aplicar o direito instituído pelas leis.

A lição clássica do publicista portenho AGUSTIN GORDILLO deve ser recordada para que se entenda o perfil jurídico dos princípios:

Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Consitución son normas jurídicas, però no solo eso: mientras que la norma es un marco dentro del qual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral.

La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretala o aplicaría en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido aciológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus limites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu (apud "Liberdade e Poder Regulamentar", de GERALDO ATALIBA. Tese n. 30, VIII, Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil).

A violação de um princípio é a violação da lei, é o cometimento da ilegalidade. A gravidade se torna tão operante que desconstitui o ato praticado com o vício de desobediência a qualquer um dos princípios que informem a sua criação.

A valorização do princípio no sistema científico foi acentuada por GERALDO ATALIBA, em "Princípios Constitucionais Tributários", p.



115, Revista da OAB-DF, n. 8, 1979. invocando ensinamento da doutrina argentina:

AGUSTIN GORDILLO, Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Buenos Aires é, na minha opinião, um dos gênios da Ciência do Direito do Século XX; disse com muita propriedade e síntese que um princípio é uma norma mas, muito mais do que uma norma, é uma pedra angular do sistema porque, embora contendo uma norma, ele é também a fonte que serve para suportar outras normas. Muito mais do que um comando, o princípio é uma diretriz, é um norte do sistema. O princípio, além de estabelecer o prescrever comportamentos, dá sentido, direção a um grupo de normas jurídicas. É evidente que, se for um princípio absolutamente fundamental no sistema, ele dá o norte a todo sistema. Se for um princípio que fica situado numa parte, num setor, numa área, num segmento do sistema, ele dá diretriz, sentido, inspira, informa uma parte desse sistema.

2. Princípios Fundamentais da Licitação

2.1. A licitação, qualquer que seja o sistema adotado, é "regida por determinados princípios", que, no afirmar de J. CRETELLA JÚNIOR, "Tratado de Direito Administrativo", vol. X, p. 18, representam as proposições básicas, os alicerces, ou fundamentos do instituto".

Não há unanimidade na doutrina quanto ao número dos princípios informativos da licitação. O que todos, porém, reconhecem é que são fundamentais para a correta aplicação do instituto.

2.2. O princípio da igualdade se torna presente com a força da imperatividade constitucional. É por causa dele que a Administração Pública tem o poder-dever de escolher, dentre as propostas apresentadas e consideradas hábeis, aquela que melhor vantagem oferece. Não implica em possibilitar a concorrência de todos os proponentes. A igualdade protegida é aquela que se corporifica após serem verificadas, previamente, as condições de idoneidade técnica e financeira, bem como a regularidade da situação jurídica do proponente.

Não obstante já se haver tratado do assunto (Capítulo IV, n. 2), nunca é demais se relembrar o mais profundo estudo existente no Brasil sobre o princípio da isonomia ou igualdade, que é o de FRANCISCO CAMPOS, publicado na RDA, vol. X, ps. 376 e segs., sob o título "Igualdade de todos perante a Lei".

Em primeiro plano, o mestre faz ver que a Constituição assegura a aplicação da cláusula relativa à igualdade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País. Após algumas considerações sobre a extensão de seus efeitos conclui, de modo categórico, que "... lei alguma, nenhum poder, nenhuma autoridade poderá, direta ou indiretamente, de modo manifesto ou sub-reptício, mediante ação ou omissão, derrogar o princípio de igualdade" (ob. cit., p. 378). E, na p. 380, apresenta a mais segura conceituação que a doutrina do direito conhece sobre o assunto:

Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a rever o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem, não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica.

SAYAGUÉS LASO, em sua obra já citada, "La Licitación Pública", ed. Pena e Cia., 1940, Montevideo, ps. 52/53, considera o princípio da igualdade como de máximo relevo, enquanto HELY LOPES MEIRELLES, p. 13, in "Licitação e Contrato Administrativo", 4.^a ed., RT, afirma ser ele "irrelegável na licitação". Adverte, contudo, que o referido princípio não proíbe a Administração de estabelecer requisitos mínimos para a participação no processo licitatório, visando garantir a execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público.

MIGUEL REALE, em parecer publicado na RDP, p. 45, ns. 43/44, 1977, sobre relação litigiosa oriunda de licitação entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metro e o Consórcio Metronors, coligação das firmas "Tenco S/A — Construtoras de Usinas Hidroelétricas S/A", a "Hochief Adtiengesellschaft fur Hoch und Teifbauten vorm. Gebi Helfmann" e outras, que fora considerado pré-qualificado para participar da concorrência e, após a impugnação feita por interessados, foi desclassificado por uma das firmas consorciadas ter sido projetista das obras do metropolitano, considerou ilegal o ato da empresa, por, entre outras razões, não ver desigualdade objetiva no fato de um dos competidores possuir a qualidade de projetista alegado. Afirmou o mestre:

A igualdade que se requer, no caso de concorrência pública, é a existente no Ato da apresentação das propostas, tal como se dá no tocante à formação dos contratos privados, cujas diretrizes normativas são consideradas plenamente aplicáveis naquele procedimento, pela razão já apontada de ter como termo conclusivo a constituição de um "ato negocial", isto é, adjudicação da obra ou do serviço, pela assinatura do respectivo contrato com o concorrente vencedor (p. 53, rev. cit.).

Da exigência do princípio da igualdade se firma a tese de que a Administração não pode propiciar qualquer espécie de favoritismo aos licitantes, em prejuízo de algum concorrente.

A Administração não dispõe do interesse público sem limites. Ela é, apenas, encarregada de gerir interesses de uma coletividade, pelo que deverá se conduzir com comportamento impessoal e igualitário, possibilitando oportunidade de mesmo nível aos que com ela pretendem contratar.

Ao cabo desta análise merece rememorar a lição de FRANCIS-PAUL BÉNDIT:

O processo de concorrência dos candidatos não deve ser uma comédia, mais ou menos representada antes do início da qual já se sabe quem será o candidato eleito. O perigo da

licitação de propostas é que ele pode ser rebaixado ao nível de uma palhaçada que sirva para mascarar, sob o pretexto de escolhas às vezes subjetivas ("Le Droit Administratif Français", 1968, p. 610).

A exigência da licitação pública como prévia condição para a formação dos contratos administrativos não traduz, somente, a necessidade de ser obtido o melhor serviço ou o menor preço. É, por força do sistema jurídico, uma obrigação que tem a Administração Pública de oferecer aos que com ela pretendem contratar que disputem em perfeita igualdade de condições. A exemplificar a extensão do princípio, não se pode deixar de aplaudir ponto de vista expresso por GERALDO ATALIBA que reconheceu terem sido violados os postulados da igualdade, em caso concreto, quando se colocou no edital uma determinada condição, cujo dispêndio de tempo era suficiente para atendê-la por determinados concorrentes, que criou uma situação juridicamente insustentável, pela possibilidade de outros licitantes terem conhecimento antecipado do edital e ficarem aptos a atendê-lo (Parecer em REVISTA FORENSE 259/77, p. 111).

Com base no princípio da igualdade, o eg. TJSP, ao julgar o Ag. de Pet. n. 202.077, relatado pelo Des. J. M. ARRUDA, em turma, confirmou decisão de primeira instância que concedeu segurança para anular concorrência onde se exigia, no edital, que o licitante tinha de fazer a prova de que, além de fabricante do produto, já tivesse fornecido a entidades públicas (federal, estadual ou municipal) pelo menos 20.000 metros de tubo PVC rígido, classe 12, no diâmetro 3/4.

No corpo do acórdão, o eminente relator argumentou:

Tal exigência, que não encontra apoio no DLE n. 10.395, de 1970, como salientou o magistrado, afasta da licitação de plano todos os fabricantes do referido produto que não tivesse contratados antes com o Poder Público no limite indicado. Vale dizer que a concorrência seria permitida eventualmente a uns tantos fabricantes mas, não, a todos. Ora, tal discriminação aberra dos próprios princípios que regulam o instituto, não sendo de admirar mesmo que tenha



sido admitido como meio de afastar este pretendente ou de facilitar a opção por aquele. De qualquer forma é evidente sua ilegalidade, já que a lei indicada se refere apenas a "atestado de desempenho anterior" (RDA, vol. 110, outubro/dezembro, 1972, p. 250).

2.3. O segundo princípio é o da publicidade. A mais ampla divulgação deve ser utilizada para que seja possível levar ao conhecimento de todos os interessados as condições básicas fixadas pelo edital. É uma condição subsidiária para que seja cumprido o princípio da igualdade. O sigilo se torna incompatível com os propósitos legais da licitação, salvo se o seu objeto estiver vinculado ao atendimento do interesse da segurança nacional.

A ausência da publicidade acarreta a possibilidade de ser anulada a licitação. Esta deve ser divulgada a partir do aviso de sua abertura, até o pleno conhecimento do edital e de todos os documentos que a ele digam respeito.

A abertura das propostas representa o último ciclo da publicidade. A documentação apresentada deve ser verificada em audiência pública e publicada, em seguida, as decisões dos órgãos julgadores e o extrato do contrato.

O art. 129 do DL n. 200, de 25.2.67, impõe que a publicidade será assegurada, "no caso de concorrência, mediante publicação, em órgão oficial e na imprensa diária, com antecedência mínima de 30 dias, de notícia resumida de sua abertura com indicação do local em que os interessados poderão obter o edital e todas as informações necessárias".

Tratando-se de tomada de preços, a publicidade constará, também, de "afixação de edital, com antecedência mínima de 15 dias, em local acessível aos interessados e comunicações às entidades de classe, que os representem".

O legislador tornou possível a maior publicidade da licitação, o que deverá ser conduta eficaz da Administração, ao permitir que outros meios de informação sejam utilizados, com o objetivo de ampliar a área de competição, com a participação de um maior número de licitantes (parág. único do art. 129, do DL n. 200, de 25.2.67).

Da mesma forma, o D. n. 73.140, de 9 de novembro de 1973, que regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, fez constar no art. 12 a forma da publicidade nas licitações, de modo que seja alcançado o objetivo. de amplitude do procedimento.

2.4. Embora SAYAGUÉS LASO ("La Licitación Pública", Ed. Pena e Cia., 1940, Montevideo, p. 52) só tenha enunciado dois princípios como de máxima importância para a licitação, o da igualdade de todos os licitantes e o estrito cumprimento do edital, sem, portanto, ter feito menção à publicidade, outros doutrinadores se comportaram diferentemente. JOSÉ ROBERTO DROMI ("Instituciones de Derecho Administrativo", Editora Astrea, Buenos Aires, 1973, ps. 388/389) ao tratar do assunto colocou a publicidade como princípio ao lado do de possibilidade de oposição ou concorrência entre os ofertantes e de igualdade. É bem verdade que, em 1975, o mesmo autor considerou o princípio da publicidade como contido implicitamente na livre concorrência ("La Licitación Pública", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 134).

Não há, contudo, forte justificativa no conteúdo do pensamento do mestre argentino. O princípio da publicidade existe como comando isolado, com efeitos específicos e dotado de individualidade capaz de determinar a sua não obediência, a anulação do procedimento. A Administração executa atividade de ordem pública. Conseqüentemente, ela se obriga a publicar todo ato administrativo que realizar. A publicidade não atua como requisito da formação do ato. Ela é a divulgação oficial do atuar administrativo, que deve ser levado ao conhecimento do público



para que possa começar a produzir efeitos. Passa a categoria de eficácia, pois, só com ela o ato administrativo opera uma modificação no mundo jurídico, constituindo, modificando ou extinguindo uma relação jurídica entre o poder estatal e o particular.

O princípio da publicidade só cede aos casos de segurança nacional, investigações policiais, ou interesses supremos da Administração devida e previamente justificados (DF n. 60.417, de 11.3.67, alterado pelo D. n. 69.534, de 11.11.71).

Na licitação, a publicidade não pode ser negada em nenhuma de suas fases. A abertura da licitação é um ato administrativo que constrói uma relação jurídica entre o Estado e o particular, no momento em que as propostas e documentos são apresentados. A mesma potencialidade possui a fase da habilitação. Com a adjudicação se estabelece uma outra relação jurídica com força de proibir o Estado de contratar com outro que não seja o que obteve a melhor classificação. Assim, a atuação estatal deve ser desenvolvida com publicidade suficiente para que seja divulgado o comportamento interno de seus agentes, que não podem extrapolar "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração", entendida por MAURICE HAURIOU, em "Précis Elémentaire de Droit Administratif", Paris, 1926, p. 197, como sendo a moral jurídica a constituir a validade de todo ato da Administração Pública.

2.5. A licitação é um procedimento formal por estar vinculada às regras do certame, obedecendo não- só à lei, mas ao regulamento, às instruções complementares e ao edital. A forma exigida, desde que não contenha exigências inúteis ou dirigidas a inabilitar ou habilitar concorrente determinado, é princípio a ser obedecido, sob pena de ser invalidado o resultado seletivo.

Não é somente a Administração que se vincula ao procedimento formal da licitação. Os licitantes, do mesmo modo, devem



cumprir todas as exigências contidas nos dispositivos que comandam a forma a ser obedecida, sob efeito de afastamento da disputa.

Fundado em tal princípio, o eg. TJSP, na Ap. n. 276.514, I.a Câmara Civil, em 20 de fevereiro de 1979, confirmou decisão de primeira instância que considerou certo o entendimento da Comissão Julgadora que inabilitou concorrente vencedor por não haver comprovado que era estabelecido comercialmente na cidade de Aparecida, São Paulo, exigência contida na edital. A ementa do acórdão diz:

Licitação — Concorrência — Vencedor sem requisito exigido — Pretensão a oferecer prova posterior — Descabimento — Direito de outro concorrente — Segurança concedida a este.

Na concorrência, os participantes devem apresentar toda documentação exigida até a data fixada no edital (Rel. Des. CARDOSO RCLIM, RT, ps. 80-81, n. 528, out. 1979).

Certo. A complementação posterior de documentos determina desigualdade entre os licitantes. O não atendimento ao exigido pelo edital é descumprimento de formalidade específica para que o ato se torne capaz de produzir efeitos.

O rigorismo na formalidade não deve ser entendido como elemento formador de outros princípios, como pretende AMÉRICO SERVÍDIO, em "Dispensa de Licitação Pública", RT, 1979, p. 22, ao afirmar: "Pelo exame mais acurado de cada um destes últimos princípios, tem-se a impressão de que uns se inserem em outros."

Tanto não é certo o afirmado, que o TACiv. SP, ao decidir a Ap. n. 174.229, ementou:

Candidato classificado em primeiro lugar Adjudicação do respectivo serviço negada em face de sua inidoneidade. Prática incabível. A verificação de idoneidade em geral, inclusive técnica, é passo preliminar na concorrência pública, não se admitindo a recusa do concorrente depois de conhecidas as ofertas. Tratando-se de concorrência, a autoridade não poderá afirmar, sem decisão anterior, que o

proponente executou mal uma obra pública e, só por isso, excluí-lo da licitação (RDP. 24. abril/junho. 1973. p. 197).

O princípio da formalidade exige que a verificação da idoneidade em geral, inclusive técnica, seja feita a priori. É o que se depreende do art. 127, § 2.º, do DL n. 200, de 1967, quando consigna que "nas concorrências haverá, obrigatoriamente, uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programado".

2.6. O Professor ANDRÉ DE LAUBADÈRE, em sua obra "Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs", Paris, 1956, tomo I, ps. 270 e segs., defende a existência do princípio de "liberdade de acesso à licitação". É uma disciplina imposta à licitação e que inspirou o mestre a, corriqueiramente, enumerar os casos de nulidade de habilitação, a saber:

- a) por incapacidade jurídica;
- b) por indignidade;
- c) por exercício de função incompatível;
- d) por incapacidade profissional;
- e) nos casos em que a lei dá preferência a determinadas categorias, por motivo de nacionalidade, por exemplo.

Fora de tais situações, o concorrente não poderá ser impedido de ter a sua proposta considerada, desde que, em nosso regime, ultrapasse, no caso de concorrência pública, a fase inicial de habilitação preliminar.

Forte na aplicação dos postulados acima enunciados, o eg. TJPR decidiu que "Nas habilitações às concorrências públicas exigir-se-á dos interessados, apenas, documentação relativa à personalidade jurídica,

à capacidade técnica e à idoneidade financeira (art. 131 do DL n. 200, de 1967). A discriminação em razão da residência ou de execução de obra anterior, a contento do órgão licitante, não se justifica" (RDP, ps. 143 e segs., n. 45/46, MS n. 5/76, Rel. Des. MARINO BRAGA).

A discricionariedade conferida ao administrador deve atuar em defesa da ordem administrativa e no resguardo da economia do Estado. Entretanto, o seu atuar não pode ferir os princípios informativos da ciência jurídica. Na espécie, a liberdade de acesso à licitação foi atingida por critério não amparado pelo sentido disciplinador da legislação sobre licitação, quando permite que seja aferida a capacidade técnica dos interessados em seu sentido lato, sem nenhum conteúdo discricionário.

2.7. O renomado mestre HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo", 4.^a ed., p. 15. defende além dos princípios do procedimento formal da publicidade e da igualdade, os de sigilo na apresentação das propostas, de vinculação ao edital ou convite, do julgamento objetivo e o da adjudicação compulsória ao vencedor.

2.8. O sigilo na apresentação das propostas decorre da necessidade de ser garantida a igualdade entre os licitantes. É princípio informativo da legalidade e de moralidade que constituem valores presentes em todo o atuar administrativo. Não há necessidade da lei especificar a obediência ao sigilo. Ele decorre da própria natureza do ato que se desenvolve, sendo condição intrínseca para a sua validade. O sigilo da proposta tem como objetividade jurídica proteger a Administração Pública e, em especial, resguardar a igualdade entre os concorrentes.

O princípio pode ser ferido com a devassa da proposta, isto é, no momento em que ela se torna conhecida do funcionário público ou de qualquer particular, através de meios úteis utilizados.

O efeito produzido pelo descumprimento do princípio é o de ser nula a concorrência e determinar a punibilidade do sujeito ativo responsável pela ação física da quebra de sigilo, nos termos do art. 326 do C. Pen.

2.9. O edital determina a publicidade da licitação. É peça básica porque fixa as diretrizes a serem cumpridas em todas as fases posteriores. Estabelece limites da atuação administrativa e exige condições dos licitantes. As condições contidas produzem efeitos vinculatórios. A Administração e os concorrentes não podem fugir às cláusulas nele contidas, pelo que não se pode decidir além ou aquém do edital. O mestre HELY LOPES MEIRELLES, em "Licitações e Contratos Administrativos" (RDA, vol. 105, p. 24) considerou o edital como a lei interna da concorrência e da tomada de preços, com força de matriz do contrato administrativo.

O edital publiciza a vontade da Administração. Diz a obra que está sendo pretendida ou o serviço que se quer seja prestado. Com base na vontade exposta do Poder Público, passam os candidatos ao preparo da apresentação das propostas. D'ante de tais conseqüências, as regras do edital não podem ser modificadas no prazo estabelecido, sem que o procedimento licitatório seja reaberto em todas as suas fases preliminares.

A posição doutrinária dos que entendiam ser de natureza regulamentar as normas da concorrência pública foi vencida pela corrente contratualista. Esta visa defender os direitos dos concorrentes, sem preeminência em favor da Administração, entendendo que as cláusulas fixadas antecipadamente nos editais "constituem verdadeiros modelos por antecipação das normas contratual futuras, o que, por sua própria natureza, traçaria limites à discricionariedade administrativa, vinculando os órgãos estatais não só quanto ao objeto do procedimento, mas também no concernente às condições a que os particulares eram

chamados a aderir" (MIGUEL REALE, in "Licitação", p. 48, ns. 43/44, julho/dezembro, 1977).

O edital deve ser elaborado com os requisitos mínimos exigidos pelo art. 130 do DL n. 200/67, que são:

I. Dia, hora e local da abertura das propostas;

II. O funcionário encarregado de receber as propostas e o local onde se encontra;

III. As condições específicas de apresentação de propostas e da participação na licitação;

IV. Especificação do critério objetivo de julgamento das propostas;

V. Descrição sucinta e precisa da licitação;

VI. Local em que as informações serão prestadas e as plantas fornecidas, com as Instruções, especificações e quaisquer outros elementos que sejam necessários ao perfeito conhecimento do objeto da licitação;

VII. Prazo máximo para cumprimento do objeto da licitação;

VIII. Natureza da garantia, quando exigida.

Outros requisitos poderão constar no edital. Sendo ato convocatório da licitação, atua como documento fundamental do procedimento onde fica explicado o que deseja a Administração.

Não se perca de vista que a força do edital não se estende a afirmação de uma obrigação de contratar. Nele não há promessa de contrato. A função que desempenha é a de ser ato convocatório dos interessados e a de fazer com que seja respeitado o princípio da

publicidade da licitação, identificando o objeto licitado e delimitando o universo das propostas.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, em sua obra "Licitação", ed. RT, ps. 32-33, foi muito feliz, como costuma sê-lo em seus comentários, quando afirmou que o edital desempenha uma sêxtupla função, a saber:

- a) Dá publicidade à licitação;
- b) identifica o objeto licitado e delimita o universo das propostas;
- c) circunscreve o universo de proponentes;
- d) estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas;
- e) regula os atos e termos processuais do procedimento;
- f) fixa cláusulas do futuro contrato.

Com efeito, aí se encontra caracterizada a abrangência jurídica do edital. Não é pré-contrato, porém obriga a Administração a acatar fiel e rigorosamente os termos que nele estabeleceu se resolver contratar.

A jurisprudência tem entendido de conformidade com a doutrina. Assim, "enquanto não aceita definitivamente a proposta, na concorrência pública, não se forma o contrato, podendo o Poder Público anulá-la, sem obrigação de indenizar os proponentes pelas despesas feitas" (RT, vol. 219, p. 119). Logo, a convocação por edital não gera obrigação de contratar, desde que seja respeitada a ordem de classificação.

O edital representa a norma fundamental do procedimento licitatório. Por assim ser não se afasta dos princípios legais, determinando

o objeto da licitação e dando-lhe a publicidade de que necessita. Os direitos e as obrigações das partes são neles discriminados, além de estabelecer o processamento adequado para que se efetive o julgamento das propostas.

Por isso mesmo, a 3.^a Câmara do eg. TJSP, em 4.9.75, decidiu:

Não viola direito líquido e certo do licitante o julgamento que observa o que previu o edital para o caso de empate (Ap. n. 244.694 — Capital — Apelante: Agrícola Comercial e Construtora Monta Azul Ltda. — Apelado: Coordenador das Administrações Regionais da Prefeitura Municipal de São Paulo — Rel. Des. CARLOS ANTÔNIO — unânime — RT, vol. 488/177).

A luz do entendimento de que o edital não pode se afastar dos princípios legais que o informam, o mestre GERALDO ATALIBA acentuou que "é nula a cláusula de edital que contenha exigências cuja satisfação demanda normalmente prazo maior do que o fixado, no próprio edital, para recebimento das propostas" (Parecer publicado na REVISTA FORENSE n. 259/77, ps. 111 e segs.).

A delimitação do julgamento das propostas está fixada no edital. Se o julgador se afastar dos termos do edital, o seu ato se apresenta viciado pela nulidade e assim pode ser declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Do conteúdo da lei especial se infere que a Administração, pode exigir no edital mais do que dita o art. 130 do DL n. 200/67.

Nesse sentido se encontram os critérios estabelecidos pelo D. n. 73.140, de 9.11.73, que regulamentou as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, tendo em vista o disposto nos arts. 125 a 144 do DL n. 200, de 25.2.67.

No art, 11 está expresso que o edital deverá indicar:

I. A entidade que promove a licitação; autoridade que determinou sua instauração; a comissão que a presidirá; quem receberá a documentação e à proposta; o local, dia e hora em que serão recebidas a documentação e a proposta; quando será julgada a habilitação; o local, dia e hora em que serão abertas as propostas;

II. As condições de habilitação e respectivos critérios;

III. O objeto da licitação, perfeitamente caracterizado e definido, conforme o caso, por projeto final de engenharia, ou anteprojeto, normas e demais elementos técnicos pertinentes, bastantes para permitir a exata compreensão dos trabalhos a executar; os prazos máximos de início e de conclusão dos trabalhos ou serviços, bem como os de cada fase ou etapa;

IV. O local onde serão prestadas informações e esclarecimentos e fornecidos os elementos previstos no item anterior e, sempre que possível, a minuta do contrato a ser celebrado;

V. Os recursos financeiros previstos para a execução da obra ou serviço;

VI. O regime de execução da obra ou serviço, e condições de seu recebimento pela Administração;

VII. As condições de apresentação das propostas, número de vias e exigências de serem datilografadas, sem emendas ou rasuras, em papel timbrado do proponente e com seu endereço, ou desde que previsto no edital, em formulários padronizados pela entidade promotora da licitação, a serem adquiridos na quantidade estritamente indispensável e autenticados pela Comissão que a presidir;

VIII. Os critérios de julgamento das propostas, no qual serão levadas em conta no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, pagamento e outras correlatas;

IX. As garantias quando exigidas, inclusive as de manutenção da proposta e execução do contrato, informando o valor, a natureza e condições de levantamento;

X. Os documentos complementares aos de habilitação que a lei exigir especificamente para a contratação;

XI. As penalidades que constarão do contrato, para os casos de inexecução ou inadimplência das obrigações assumidas;

XII. As condições de revisão de preços, quando previstas;

XIII. As condições de aceitação de empresas agrupadas em consórcio;

XIV. A subordinação da licitação, contratação e recurso admissíveis às disposições deste Decreto;

XV. Outras informações que o órgão ou entidade promotora da licitação julgar necessárias.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, in "Licitação", obra já citada, resumiu os principais vícios que podem afetar a lisura jurídica do edital tornando-o, conseqüentemente, nulo de modo total ou parcialmente. Segundo o mestre, tais vícios são:

a) Violação do dever de publicidade — por divulgá-lo de modo insuficiente quanto à forma ou ao prazo legalmente previstos. Haverá violação indireta deste dever se ocorrerem alterações no edital e este não for republicado, restaurando-se o prazo completo, salvo a hipótese de simples correções de pequena monta;

b) indicação defeituosa do objeto ou delimitação incorreta do universo de propostas — por ser imprecisa e obscura a identificação do objeto, impedindo seu exato reconhecimento por inadequada especificação dele. Isto ocorrerá quando a especificação for insuficiente, tornando incotejáveis as propostas ou quando for excessiva, de molde a alijar discriminatoriamente concorrentes em benefício de alguns ou de algum interessado.



Nestes últimos casos haverá defeito na delimitação do universo de propostas admissíveis;

c) impropriedade na delimitação do universo de proponentes - pelo estabelecimento de índices ou fatores de capacitação desproporcionados aos encargos envolvidos na licitação ou por exigir que já estejam atendidos em época descoincidente com aquela na qual teriam relevo para a segurança das propostas;

d) caráter aleatório ou discricionário dos critérios de avaliação de proponentes e propostas - por objetivos discriminatórios ou por vacuidade dos critérios, proporcionando subjetivismo desnecessário na avaliação da idoneidade ou mesmo por estabelecerem pautas insuficientes para se ajuizar sobre a lisura do julgamento;

e) estabelecimento de trâmites processuais cerceadores da liberdade de fiscalizar a lisura do procedimento - por retirarem dos licitantes a possibilidade de acompanhar a licitude do certame e a isonomia no tratamento dos ofertantes;

f) ausência de cláusulas disciplinadoras do futuro contrato - por obstar a formulação de propostas sérias e responsáveis (ps. 44-45, Ed. RT).

A nulidade decorre, portanto, da omissão praticada em pontos essenciais. A enunciação do interessa público tem, com base em tais fatos, levado os Tribunais a anularem "todo o edital e, conseqüentemente, a licitação", ou "somente a cláusula defeituosa do edital, mantendo válida a licitação, sem a cláusula anulada" (HELY LOPES MEIRELLES, ps. 119-120, "Licitação e Contrato Administrativo", RT, 4.º, ed.).

De pecado grave contra o ordenamento jurídico é a cláusula presente em edital de licitação, por exemplo, que não permite a recusa da melhor oferta se não for consultado o interesse do Estado. Isso porque "A Administração pode, a todo tempo, desde que não tenha havido adjudicação do bem levado à concorrência, decretar a anulação desta, sem qualquer direito para o particular, mormente se do edital consta cláusula prevendo o livre julgamento pela Administração e a possibilidade



de recusa da melhor oferta se não consultasse ela os interesses do Estado" (RT, vol. 227, p. 146). Da mesma forma, decidiu-se:

A Administração pode, a todo tempo desde que não tenha havido adjudicação do bem levado à concorrência, decretar a anulação desta, sem qualquer direito para o particular, quer a adjudicação, quer a indenização (REVISTA FORENSE, 14/193).

Surge a indagação de se saber quais os limites que orientam o juízo discricionário presente nos casos acima citados.

A discricionariedade só se caracteriza como poder jurídico quando atua no campo da legitimidade. Isto é, quando a providência tomada não ultrapassou a finalidade jurídica que justifica e suporta o poder exercido pela autoridade competente em abstrato.

2.10 Do julgamento objetivo

O julgamento da licitação representa a convicção formada sobre a melhor proposta para a Administração. Ele é feito com base nos fatos apresentados e mediante o exame dos elementos coligados, representando o decisório o resultado final que lhe põe fim.

O critério a ser seguido é o indicado pelo edital e busca apoio em fatos concretos, certos, determinados. Não há possibilidade de haver valoração subjetiva dos fatos, pois, a discricionariedade está limitada à objetividade fixada pelo ato convocatório. Este não pode deixar de levar em consideração "o interesse do Serviço Público, os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras condições pertinentes", conforme observa HELY LOPES MEIRELLES. p. 18. in "Licitação e Contrato Administrativo", ob. cit.

A objetividade a ser seguida não impede que sejam consideradas todas as circunstâncias de que resultar vantagem para a Administração.

O julgamento é um procedimento formal que será confiado a uma comissão de, pelo menos, três membros, conforme impõe o art. 141, do DL n. 200/67.

O D. n. 73.140, de 9.11.73. estabelece o rito a ser seguido na fase do julgamento (arts. 34 a 40). Embora se refira às licitações relativas a obras e serviços de engenharia, as suas regras são precisos indicadores de como o julgamento deve se realizar.

A primeira exigência é a de que o julgamento deve ser feito por uma Comissão. Esta atenderá sempre aos critérios preestabelecidos no edital, desclassificando as propostas que não satisfizerem as exigências, no todo ou em parte.

A seguir, as propostas serão classificadas por ordem numérica crescente a partir da mais vantajosa, que assumirá o primeiro lugar.

A Comissão não poderá considerar vantagens não previstas no edital, nem ofertas de redução sobre a proposta mais barata.

De acordo com o art. 37, se houver discordância entre os preços unitários e os totais resultantes de cada item, prevalecerão os preços unitários; se a discordância for entre os valores numéricos e por extensão, prevalecerão estes últimos.

O decreto regulamentador não esqueceu de prever a possibilidade de se verificar a absoluta igualdade de condições entre duas ou mais propostas. Em tal situação, a Comissão pode sugerir à Administração que proceda a nova licitação entre os autores das propostas empatadas. Se ocorrer recusa por parte dos participantes em se submeterem à nova licitação, ou caso se verifique novo empate, a licitação poderá ser decidida por sorteio, sendo que os nacionais terão preferência sobre os licitantes estrangeiros, no caso de igualdade de condições oferecidas.

A Comissão deverá materializar o Julgamento em relatório. Este deverá apontar os fundamentos das desclassificações e da seleção efetuadas, concluindo pela classificação ordinal dos licitantes. Se for o caso, indicará os fundamentos pelos quais a proposta de menor preço não obteve o primeiro lugar.

A decisão final será afixada no local próprio para as comunicações referentes à licitação, em forma de edital.

Regra de muita valia e que vem sendo acatada pelos Tribunais, não obstante o ataque infundado que contra ela é feito, é a constante no art. 40 do mesmo decreto:

A autoridade competente poderá, até a assinatura do contrato, desclassificar licitante, por despacho fundamentado, sem direito a indenização ou ressarcimento e sem prejuízo.

A LICITAÇÃO E SEU OBJETO

1. Obrigatoriedade da definição do objeto

É firme o entendimento de que a finalidade da licitação é a de limitar o arbítrio e restringir as opções do administrador, para tanto cerceando a escolha dos candidatos e tornando objetivos os requisitos das propostas. Os princípios legais que a regem impedem, em consequência de tais limitações, que soluções pessoais sejam tomadas e que não se inspirem no interesse público.

Dentro do mesmo círculo restritivo se desenvolve o objeto da licitação. O art. 139, do DL n. 200, de 25.2.67, ao dispor que "a licitação só será iniciada após definição suficiente do seu objeto e, se referente a obras, quando houver anteprojeto e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar", torna imperiosa a necessidade da Administração, previamente, definir claramente o que a licitação irá abranger, isto é, se destina a construção de uma obra, a alienação de um

serviço, a alienação de bem, ou bens, a locação de coisas, a concessão em geral, a compras determinadas ou a elaboração de projetos.

Destaque-se que o legislador exige que o objeto seja definido suficientemente, realçando, conseqüentemente, que o comportamento administrativo, na sua fixação, não pode agir de modo discricionário. Definição suficiente é aquela que contém todas as características do objeto, sem que este fique identificado ou mal caracterizado.

A definição do objeto da licitação se elevou, portanto, à condição de legitimidade do processo, representando a sua própria razão de ser. A ausência de sua identificação no edital, ou de modo impreciso ou incompleto, compromete a lisura do procedimento e enseja a decretação de sua nulidade por dificultar a apresentação das propostas, o julgamento e a execução do contrato a ser formado.

Assume, assim, a definição do objeto a condição de legitimidade do procedimento licitatório, em qualquer modalidade de licitação.

2. Discriminação do objeto da licitação

O objeto da licitação abrange, conseqüentemente, a execução de obras públicas por parte da Administração, quando confiada a terceiros; a realização de serviços para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados; a efetivação de compras de bens; as alienações de bens públicos; as locações de coisas; as concessões em geral e a elaboração de projetos profissionais.

Não se deve, entretanto, considerar que o objeto da licitação se esgota na discriminação feita. Haverá, por certo, com o avanço da ciência e da técnica, o surgimento de novas exigências da Administração que necessitem ser atendidas através do procedimento licitatório. A exemplificar, o arrendamento mercantil (leasing) disciplinado pela L. n. 6.099, de 13.9.74, e os serviços de divulgação de material para efeitos de



publicidade ou propaganda, a serem executados conforme a L. n. 4.680, de 18.6.65, que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda.

3. Licitação para executar obras públicas

O estudo da execução de obras públicas deve começar com a fixação do que por elas se entende no direito pátrio. Com razão o mestre HELY LOPES MEIRELLES quando afirma que o conceito de obra pública não encontrou ainda a sua fórmula definitiva ("Direito de Construir", 3.^a ed., 1979, ps. 218 e segs.). A justificar a afirmativa é suficiente se analisarmos os arts. 125, 126, 127, 132 e 139 do DL n. 200/67, onde há sempre referência a obras, sem, em nenhum momento, o legislador delimitar o seu conteúdo. Há, todavia, um trabalho doutrinário que se inclina em ver um sentido amplo e um sentido restrito do que seja obra pública. Dentro do círculo maior, "abrange toda e qualquer realização imóvel da Administração Direta e Indireta" (HELY), sendo que, no campo restrito, só pode se conceber aquilo que represente uma construção, reforma ou ampliação do imóvel.

Entendo sem maior efeito para a aplicação da legislação sobre licitação a pesquisa que ainda se faz sobre o tema. Se há uma realização material executada pela Administração, de modo direto ou indireto, há obra pública. É suficiente para o aspecto legal.

3.1. O que interessa diretamente ao administrador é obedecer ao determinado pelo art. 139 do DL n. 200/67, ao estabelecer que o processo de licitação deve definir claramente o objeto, isto é, cuidar para que seja elaborado anteprojeto e especificações para perfeito entendimento da obra a realizar. A exigência se torna de caráter irrelegável, pois, permanece, também, em vigor o DL n. 185, de 23 de fevereiro de 1967, que só permite a contratação de obras quando se apresentarem previamente os seguintes requisitos:

a) Existência de um projeto de engenharia completo e aprovado pela autoridade competente;

b) elementos no projeto devidamente qualificados e quantificados, de modo que seja possível a elaboração de orçamento parcial e total da obra;

c) existência de cronograma físico-financeiro de execução, de acordo com o projeto de engenharia, devendo o cronograma financeiro ser expresso em preços constantes;

d) existência de recursos financeiros necessários, assegurados no orçamento e nos seguintes, que cubram o período previsto para a execução da obra.

A especificação bastante para perfeito entendimento da obra a se realizar só pode ser conseguida se for cumprido com fidelidade o enunciado no DL n. 185, de 23.2.67, art. 1.º, letras a, b e c, identificado no parágrafo anterior, bem como toda a sistemática implantada pelo D. n. 73.140/73.

3.2. Uma segunda exigência deve ser seguida na licitação de obra pública. É a nascida da L. n. 4.150, de 21 de novembro de 1962, que institui o regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas nos contratos de obras do serviço público de execução direta, concedida, autárquica ou de economia mista, através da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

A definição do objeto há de ser suficiente. A obra há de ser entendida pelos concorrentes. Assim, as indicações da ABNT deverão constar no edital, a fim de que todas as especificações levem ao perfeito entendimento da obra a realizar.

3.3. No tocante a obra pública, cabe lembrar a classificação de HELY LOPES:

a) Equipamento urbano (ruas, praças, estádios, monumentos, calçamento e canalizações, redes de energia elétrica e de comunicação, viadutos, túneis, metros e demais melhoramentos próprios das cidades);

b) equipamento administrativo (instalações e aparelhamento para o serviço administrativo interno geral);

c) empreendimentos de utilidade pública (ferrovias, rodovias, pontes, portos, aeroportos, canais, obras de saneamento, represas, usinas hidrelétricas ou atômicas e demais construções de interesse coletivo);

d) edifícios públicos (sedes ou governo, repartições públicas, escolas, hospitais, presídios etc).

3.4. Na licitação de obra pública há, ainda de serem observadas, entre outras, as seguintes regras específicas que lhe são pertinentes de modo direto ou indireto. Assim:

a) Os contratos de obras públicas só podem ser firmados com empresas ou profissionais legalmente, habilitados a construir (L. n. 5.194, de 24.12.66), sob pena de nulidade do ajuste;

b) os órgãos da Administração Federal, inclusive as entidades da Administração Indireta, só poderão contratar a prestação de serviços de consultoria técnica e de engenharia com empresas estrangeiras nos casos em que não houver empresa nacional devidamente capacitada para o desempenho dos serviços a contratar (D. n. 64.345, de 10.4.69, art. 1.º, com a redação que lhe foi dada pelo D. n. 73.685, de 19.2.74, art. 1.º);

c) a contratação com empresas estrangeiras, nos casos admitidos no art. 1.º, só poderá ser feita mediante prévia e expressa autorização do Ministro de Estado, sob cuja jurisdição estiver o órgão ou entidade contratante (art. 2.º, D. n. 64.345/69);

d) há de se procurar promover consórcio com empresas nacionais, quando for admitida a contratação com empresa estrangeira, de modo que fique assegurada satisfatoriamente transferência de tecnologia (art. 6.º, D. n. 64.345/69);

e) não será admitida a realização de licitação para a contratação de obras públicas se, além da definição precisa do objeto e da existência ou previsão de recursos orçamentários, conforme já explicados, não forem estabelecidas providências para oportuno desembaraço; ocupação, utilização, aquisição ou desapropriação dos bens públicos ou particulares necessários à execução dos trabalhos, inclusive pedreiras, saibreiros, aguadas e congêneres (art. 3.º, III, do D. n. 73.140, de 9.11.73);

f) a licitação com base em anteprojeto, só será admitida quando se tratar de obras ou serviços de pequeno vulto e natureza simples, reconhecida e justificada a urgência de sua realização (§ 2.º. art. 3º, D. n. 73.140/73);

g) a Administração, antes da assinatura do contrato tem o direito de revogar ou anular qualquer licitação, desde que o faça em despacho motivado (art. 6.º, I, D. n. 73.140/73);

h) os concorrentes não podem participar simultaneamente, na mesma licitação, isoladamente e integrando consórcio, bem como integrar mais de um consórcio (art. 6.º, n, D. n. 73.140/73);

i) não pode fazer proposta empresa que tenha sido apresentada, na mesma licitação, como subcontratada (art. 6.º, III, D. n.... 73.140/73);

j) é impedida de participar da licitação empresa ou consórcio entre cujos dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 10% do capital social, responsável e técnicos, bem como entre os dos respectivos

subcontratados, haja alguém que seja diretor ou servidor do órgão ou entidade que promova a licitação, ou que o tenha sido nos últimos 180 dias anteriores à data do ato convocatório (art. 6.º, VII, D. n. 73.140/73);

I) não poderá concorrer à licitação, para a execução de obra ou serviço de engenharia, empresa que houver participado da elaboração do projeto ou anteprojeto respectivo (art. 6.º, XII, D. n. 73.140/73).

4. Licitação de serviços

As licitações relativas a serviços de engenharia estão regulamentadas pelo D. n 73.140, de 9 de novembro de 1973, seguindo, portanto, as mesmas diretrizes quando para a realização de obras.

Os mais freqüentes serviços são os comuns que exigem licitação. Os outros tipos são os chamados técnicos profissionais generalizados e os técnicos profissionais especializados. Estes, quando contratados com profissional ou firma de notória especialização, podem dispensar a licitação, de acordo com o art. 126, § 2.º, d, do DL n. 200/67.

Não há que se pretender distinguir para os fins de licitação os serviços que se destinam ao público ou ao próprio Poder Público. A regra a ser aplicada se destina aos dois tipos.

Especial atenção, entretanto, deve-se ter para com os serviços de engenharia. Só podem concorrer à licitação os profissionais ou firmas que satisfaçam as exigências contidas na LF n. 5.194, de 24.12.66, e no D. n. 64.345, de 10.4.69, bem como que cumpram as exigências do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura.

Lembra HELY LOPES ("Licitação e Contrato Administrativo", 4.^a ed., p. 47), que o legislador, contudo, distinguiu a atividade técnica do engenheiro que é representada pelo projeto de atividade econômica da engenharia que se bifurca em construção, montagem, etc. De acordo com o art. 83, da L. n. 5.194/66, "os trabalhos profissionais relativos a

projetos não poderão ser sujeitos a concorrência de preços, devendo, quando for o caso, ser objeto de consumo".

Há uma certa compatibilidade do que dispõe o dispositivo citado com a regra do art. 144, do DL n. 200/67. Este dispõe que "a elaboração de projetos poderá ser objeto de concurso com estipulação de prêmios aos concorrentes classificados, obedecidas as condições que se fixarem em regulamento". A única divergência que se verifica entre os dois textos é que, no art. 83 da L. n. 5.194/66, a não sujeição dos trabalhos profissionais relativos a projetos aparece como caráter de obrigatoriedade, enquanto que no art. 144 do DL n. 200/67 o comando é facultativo. Pode, conseqüentemente, a Administração, se entender, exigir concorrência ou tomada de preço ou convite para projeto. Assunto, aliás, permitido expressamente pelo parág. único do art. 1.º, do DL n. 185/67, ao tratar da licitação para a realização de obras de arte especiais quando pode ser apresentada proposta conjunta para o projeto. e a construção.

Definindo o objeto da licitação como sendo a prestação de um serviço à Administração, as regras seguintes não podem ser desobedecidas:

a) O serviço a ser prestado deve se apresentar nitidamente caracterizado;

b) os serviços comuns e os serviços técnicos profissionais exigem a abertura do processo de licitação;

c) os serviços técnicos profissionais especializados, quando contratados com profissional ou firma de notória especialização não estão sujeitos ao processo de licitação, desde que sejam observadas as regras do art. 126, § 2.º, d, do DL n. 200/67;

d) só podem concorrer para a realização de serviços de engenharia os profissionais ou firmas que estejam enquadrados nas

disposições contidas na LF n. 5.194, de 24.12.66, e do D. n. 64.345, de 10.4.69, e que atendam, ainda, o exigido pelo Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura;

e) os projetos de engenharia podem ser submetidos a concurso, forma especial de licitação (art. 144 do DL n. 200/67);

f) os serviços artísticos que visem à realização de obras de arte devem, também, se submeterem aos mesmos requisitos dos projetos, exigindo-se concurso, salvo se forem executados por um artista renomado que se caracterize profissionalmente como possuidor de notória especialização;

g) a licitação dos serviços de engenharia deve seguir a regulamentação baixada pelo D. n. 73.140, de 9.11.73;

h) as empresas estrangeiras só poderão concorrer se não houver empresa nacional devidamente capacitada para o desempenho dos serviços a contratar (D. n. 64.345, de 10.4.69, com alterações do D. n. 73.685, de 19.2.74).

5. Alienação de bens

A Administração Pública só pode alienar bens através do processo de licitação. A afirmativa nasce do que dispõe o art. 143 do DL n. 200/67:

"As disposições deste Título aplicam-se, no que couber, às alienações, admitindo-se o leilão, neste caso, entre as modalidades de licitação."

A nossa posição sobre o assunto diverge do ponto de vista assumido, em alguns aspectos, por parte da doutrina.

O dispositivo indicado contém um princípio imperativo. Ao afirmar que as disposições sobre licitação aplicam-se, no que couber, às

alienações, não está permitindo uma faculdade ao administrador. Contém regra de conduta obrigatória com a mesma força de expressão dada pelos arts. 125 e 126 do mesmo decreto-lei. Em tais dispositivos há uma determinação de que "as compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação" (art. 126), bem como, de que "as licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas Autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas em decreto" (art. 125).

O art. 143 complementa a exigência dos arts. 125 e 126. Combinando-se os referidos dispositivos, chega-se à conclusão de que o princípio norteador a ser seguido, com base no art. 125, é o de que as licitações para compras, obras, serviços e alienações de bens públicos passam a reger-se pelas normas do Título II. O art. 126 é de que as compras, obras, serviços e alienações efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

A regra geral é de que os bens públicos são alienáveis, só perdendo essa peculiaridade nos casos e formas que a lei Drescrever (art. 67, C. Civ.).

Entendemos que, a partir de tal princípio, o que lhe foi contrário merece interpretação restritiva e conduzida para a valorização da inalienabilidade. A alienação de um bem público é ato extraordinário da administração que necessita de forte fundamentação ligada ao interesse público a ser concretamente atingido.

Não nos referimos, é lógico, à venda de bens efetuada pela Administração no atendimento de um programa social econômico específico, como ocorre com a venda de sementes, reprodutores, máquinas agrícolas, adubos, inseticidas e outras mercadorias da mesma categoria. Em tal situação, o atuar administrativo é excepcional e* visa diretamente, só pelo fato de venda, a atender urgentemente ao programa



desenvolvido de prestar assistência a uma parcela da economia do país. Todavia, se a venda for realizada em quantidades que demonstrem o desvirtuamento do programa, não mais o princípio de atendimento às necessidades públicas pode justificar a ausência de licitação.

A alienação de qualquer bem público deve ser precedida de avaliação. Esta deve ser processada por avaliador oficial e submetida a parecer do órgão responsável pela concorrência.

Na verdade, o legislador foi mais cuidadoso com a alienação de bens. Para tanto, exige decreto autorizativo, parecer do órgão responsável (Serviço do Patrimônio da União) e licitação.

O art. 195 do DL n. 200/67, dispõe:

A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização em decreto e será sempre precedida de parecer do órgão próprio responsável pelo patrimônio da União, quanto à sua oportunidade e conveniência. A redação citada foi dada pelo DL n. 900/69.

Do mesmo modo, os arts. 134/140, do DL n. 9.760/46, estabelece regras rígidas a serem atendidas na alienação de bens imóveis da União, protegendo, portanto, o princípio da inalienabilidade.

As disposições aplicadas para a licitação dos imóveis da União Federal são:

a) Só será aberto o processo licitatório (concorrência) após haver sido declarada a ausência de interesse econômico e público de manter o imóvel no domínio da União, bem como que não haja inconveniência quanto à defesa nacional. É a oportunidade e conveniência tratadas no art. 195 do DL n. 200/67;

b) a alienação só poderá ser feita em concorrência pública e por preço nunca inferior ao fixado pelo Serviço do Patrimônio da União, que deverá ser atualizado de acordo com os índices aplicados para as

Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, padrão nacional de atualização de valores;

c) as concorrências serão realizadas na sede do Serviço do Patrimônio da União, salvo se houver delegação de competência pelo Diretor do Serviço;

d) os concorrentes deverão caucionar, antes da apresentação das propostas, em favor da União, a importância correspondente a 3% (três por cento) do preço base da licitação, salvo se a alienação pretendida for a favor de servidor e para fins residenciais;

e) a caução será convertida em renda da União se, aceita a proposta do concorrente, este não efetuar o pagamento dentro de 60 (sessenta) dias;

f) se o imóvel for utilizado para fins residenciais, a concorrência será realizada apenas entre servidores federais não proprietários de imóvel, na localidade da situação do bem alienado;

g) no caso da letra anterior, terceiros não servidores só poderão concorrer se, em concorrências subsequentes não se apresentarem licitantes;

h) se o imóvel for utilizável em fins comerciais ou industriais, a concorrência se fará entre quaisquer interessados.

Voltando à alienação dos bens imóveis, a Administração pode fazê-la sob a modalidade de leilão, sem desprezar, contudo, as formalidades preliminares de publicação do edital e exata identificação do objeto.

Há, ainda, uma peculiaridade que merece ser destacada na expressão "alienação" usada pelo legislador, tanto no DL n. 200/67, como no DL n. 9.760/45. Em regra, ele se refere ao processo de venda do bem

público, não envolvendo a permuta, a doação, a dação em pagamento, a investidura, a cessão ou concessão de domínio. Em tais casos é inexigível a licitação, por não haver possibilidade de competição. Exige-se, unicamente, autorização legislativa. A exceção existente é para a concessão de serviço ou de obra pública e para a concessão de terreno público como direito real resolúvel (DL n. 271/67) que só podem se efetivar sob a modalidade de concorrência.

6. Locação de coisas

O DL n. 200/67 foi omissivo no referente à exigência de licitação para a locação de coisas. Expressamente a dispensa nos casos de "aquisição ou arrendamento de Imóveis destinados ao serviço público" (art. 125, § 2.º, g).

A doutrina se posiciona de modo contrário a uma interpretação literal do DL n. 200/67, no relacionado ao assunto. E, com razão o faz, pelo fato de que a atividade administrativa deve seguir uma conduta uniforme em todos os casos em que há celebração de contratos onerosos para o Poder Público. Se os demais contratos para a realização de serviços administrativos estão sujeitos à licitação, não há razão para a locação de coisas. De modo geral, está isenta.

Em razão do afirmado não deve a Administração dispensar a licitação para a locação de coisas, obedecendo a faixa de valor correspondente ao de serviços e compras (DL n. 200/67, art. 127, § 5.º) salvo, em situação específica, devidamente demonstrada e justificada, como permite o art. 125, § 2.º, g, do DL n. 200/67, quando o imóvel escolhido for o único que atenda as exigências do Serviço Público.

7. Concessão em geral

Não há, em nosso sistema legal, qualquer dispositivo contemplando as concessões como sujeitas a licitação, portanto, com condições de serem objetos do procedimento licitatório.

No entanto, consubstanciando-se as concessões em um contrato administrativo, bilateral, remunerado, comutativo e realizado intuitu personae, com profunda repercussão onerosa e de longa duração, não se justifica a sua celebração sem o formalismo da concorrência.

A Constituição da República, no art. 167, I a III, ao tratar da concessão de serviço público, determinou que fosse regulamentada por lei geral, para a União, os Estados e Municípios. No entanto, não tratou da necessidade de concorrência entre os princípios que manda observar.

As concessões (de serviço, de obra, de uso ou de direito real de uso) se firmam por contratos de direito público. Ocorrem, portanto, os mesmos motivos de moralidade administrativa, de igualdade nas oportunidades e de maior publicidade possível que sustentam a licitação para obras, serviços, compras e alienações.

A concessão de serviço público é uma das formas de descentralização por colaboração remunerada, que consiste em o Poder Público transferir a pessoa, física ou jurídica, de direito privado, a incumbência de executar algum serviço público, segundo conceito expresso por MÁRIO MASAGÃO, em "Curso de Direito Administrativos", 4.^a ed., p. 259.

A concessão de obra pública se define pela outorga que a Administração concede a pessoa de direito privado para executar determinada obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, a fim de que este possa reaver o capital empregado, com lucro razoável, sendo a obra, depois de findo o prazo, entregue ao Poder Público (MÁRIO MASAGÃO, ob. cit, p. 256).

A concessão de direito real de uso de bens públicos foi introduzida em nosso sistema legal pelo DL n. 271, de 28.2.67. É, também, denominada concessão de uso de bem público ou concessão de

uso do domínio público. Tem por finalidade outorgar ao concessionário a faculdade de explorar um bem da Administração, segundo sua específica destinação, conforme explica HELY LOPES MEIRELLES, "Licitação e Contrato Administrativo", p. 61, RT, 4.^a ed.

8. Compras

A compra pela Administração Pública é efetuada através de contrato de direito público, porém, colocando-se a compradora em situação Idêntica ao particular, sujeitando-se, nesse caso, às normas de direito privado, conforme há muito observou JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, vol. III, 1967, p. 40, em seu "Tratado de Direito Administrativo".

Em sua primeira análise não se observa qualquer distinção no DL n. 200/67, para compra de bens móveis ou imóveis. Estes, apenas, podem ser adquiridos sem licitação, desde que atendam diretamente às necessidades do Serviço Público.

Há, contudo, que se observar em qualquer compra de bens móveis a ser efetuada pela Administração a necessidade do objeto ser especificado e indicado os recursos financeiros, além de se atender, sempre que possível, ao princípio da padronização e pagamento com base nos preços do dia.

As regras que devem ser observadas pelo Poder Público e pelo particular ao celebrarem contrato de compra podem ser sintetizadas no esquema seguinte:

- a) A compra, como objeto de licitação, é definida no C. Civ. (art. 1.222) e no C. Com (art. 191);
- b) o objeto deve ser especificado com a indicação da qualidade, quantidade, tamanho e condições em que se deseja adquirir;
- c) indicação do pagamento, que pode ser à vista ou a prazo;

d) será considerada perfeita e acabada a compra com a entrega da coisa e o recebimento do preço;

e) o vendedor responde pela quantidade, qualidade, rendimento, eficiência, capacidade e funcionamento do objeto vendido;

f) havendo aquisição de veículos motorizados devem ser registrados e licenciados nas repartições do trânsito (L. n. 5.108, de 21.9.66, arts. 52 a 63).

9. Elaboração de projetos

No item 4 deste capítulo, tratamos da licitação para elaboração de projetos.

Voltamos ao assunto com base no interesse de ordenar o estudo e tentar ampliar a pesquisa sobre o tema.

Naquela oportunidade foi afirmado que o art. 83 da L. n. 5.194/66 concedeu aos ditames do art. 144 do DL n. 200/67. Reafirmamos a posição, entendendo que houve a derrogação do art. 83 da L. n. 5.194/66, ponderando, também, que o art. 126, § 1.º, do DL n. 200/67, impõe um princípio obrigatório, segundo o qual a licitação só será dispensada nos casos previstos no referido Decreto-Lei, o que faz concluir que não há condições para prevalecer dispensas previstas em leis anteriores, conforme feliz observação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao tratar do tema em artigo publicado na RDP, vol. 7, p. 58.

O problema da elaboração de projetos pela Administração Federal foi normalizado em parecer da Consultoria Geral da República, sob n. L-135, de 23.2.77, aprovado em 22.4.77, publicado no DOU de 27.4.77, onde se estabeleceu que:

a) A elaboração de projetos em geral, e, especificamente, de projetos de engenharia e arquitetura, está sujeita, em princípio, à licitação;



b) a licitação pode escolher a forma de seleção de qualidade ou de melhor técnica;

c) só haverá dispensabilidade da licitação quando ocorrentes, em concreto, os pressupostos legais, inadmissível uma desobrigação genérica para a categoria;

d) o sentido do art. 144 do DL n. 200/67 é de constituir eficaz observância do princípio legal obrigatório, só sendo utilizada a faculdade de proceder a concurso ou modalidade de licitação se houver conveniência.

Deve ser realçado, ainda, que:

a) Não é admitida a realização de licitação de obras e serviços de engenharia, sem a prévia definição de seu objeto (art. 3.º, I, do DF n. 73.140, de 9.11.73);

b) o autor do projeto não pode participar da licitação para a construção da obra (art. 6.º, XII, do citado D. n. 73.140/73).

No particular, é de se relembrar a discussão surgida no ano de 1969, no Estado de São Paulo, por motivo de a Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metro — haver excluído o "Consórcio Metronors" da concorrência por ser integrado pela firma projetista das obras do metropolitano. A Incompatibilidade argüida foi rebatida por MIGUEL REALE, em parecer publicado na RDP, n. 43/44, ps. 45/55, que defendeu o ponto de vista de a firma projetista ser consorciada da concorrente, não enveredaria no campo da proibição contida no art. 3.º, I, do DF n. 73.140/73.

Justificou a posição assumida com o argumento de que a firma que projetou não teria, nenhuma obrigação de fiscalizar a obra respectiva, uma vez que o metro chamou para si tal responsabilidade. Ainda mais, não havendo tal dever sido resultado expressamente de lei ou das

cláusulas do edital à concorrência para o projeto, em nenhuma hipótese podia ser presumido como o foi.

